



EL CONCEPTO DE DERECHO EN JOHN FINNIS*

Santiago Legarre

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo me propongo explicar la teoría del derecho de John M. Finnis, con la finalidad de facilitar las bases que permitan y alienten su análisis crítico y la valoración de sus méritos en relación con otras. Debo aclarar que me limitaré a considerar qué entiende Finnis por derecho, sin entrar en cuestiones como, por ejemplo, su tesis sobre los bienes básicos y su polémica en torno a la irrelevancia de la naturaleza humana para el razonamiento práctico. Al final del artículo haré una breve comparación de su pensamiento con el de Javier Hervada, maestro español en cuyo merecido homenaje se publica este volumen.

II. CASO CENTRAL Y CASOS AGUADOS

“¿Cómo decide el teórico qué ha de considerar como derecho para los fines de su descripción?”¹. Esta pregunta que se formula

* El autor agradece los comentarios de Roberto Andorno, Juan Cianciardo, Renato Rabbi-Baldi Cabanillas y Diego Ruffet.

1. *Natural Law and Natural Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1980, p. 4. En adelante se citará NL. Todas las traducciones son mías.

Finnis es un buen punto de partida para comenzar nuestro análisis de su teoría.

En primer lugar, quien teoriza en el campo de las ciencias sociales encaminado a elucidar qué sea el derecho, debe tener en cuenta que el orden de cosas que constituye el objeto de su reflexión es práctico²: conductas e instituciones destinadas a satisfacer necesidades y exigencias humanas. Con otras palabras, es un obrar deliberadamente ordenado a un fin. Por ello, el científico ha de prestar atención a la finalidad práctica de los elementos que a la postre conformarán su concepto de derecho³. No podrá entender qué es una realidad social sin atender a su razón de ser, su *porqué*⁴. No sabré, por ejemplo, en qué consiste una regla de fútbol, vgr. el *off-side*, si me limito a describir desde fuera lo que ocurre en una jugada anulada por el árbitro por ese motivo. Necesito inquirir acerca de las razones de la prohibición de la posición adelantada para comprenderla acabadamente y distinguirla de otras reglas del juego.

En segundo lugar, para lograr una descripción precisa, que permita diferenciar el derecho de otras prácticas sociales, es necesario distinguir entre el *caso central* de la realidad analizada —con el correspondiente significado principal de dicha realidad—, de los casos periféricos o aguados de esa misma realidad⁵. Por ejemplo,

2. Aclara Finnis: “Por ‘práctico’, aquí como en todo este libro, no quiero decir ‘factible’ como opuesto a no factible, ni eficiente como opuesto a ineficiente; quiero decir ‘con miras a la decisión y a la acción’. El pensamiento práctico es pensar acerca de qué (debe uno) hacer” (NL, p. 12).

3. NL, p. 6.

4. *Aquinas. Moral, Political and Legal Theory*, Oxford, Oxford University Press, 1998, pp. 40-42.

5. “*Watered-down versions*” (NL, p. 11). La analogía con el agua es una metáfora usada por Aristóteles (cf. *Aquinas*, cit., p. 42, nota 76). Siguiendo sus pasos, y para ejemplificar, un vaso de Coca-Cola pura es un caso central de Coca-Cola, mientras que un vaso de Coca-Cola con un pequeño agregado de agua del grifo también es Coca-Cola, pero aguada: es una versión aguada de la bebida pero no por ello deja de ser tal, en algún sentido relevante. A tal punto que quien la toma puede engañarse.

la amistad es algo que se halla presente en la vida de las personas con distintas intensidades y matices. No es igualmente importante y significativa la amistad entre los novios que la que puede existir entre dos individuos que hace poco se han conocido en un curso de inglés. Pero sería necio negar el título de amigos a estos últimos pues perderíamos de vista relevantes referencias –por presencia o por ausencia– que su relación hace a la de los novios. Esta amistad más *light*, se entiende mejor, en sus virtudes y en sus falencias, a la luz de una amistad mayor. Otro ejemplo: el funcionamiento de la constitución suiza es una instancia del concepto de constitucionalidad. También lo es el orden social impuesto por un cacique despótico en una tribu de indígenas. Pero el significado principal de constitucionalidad está más cerca de la realidad suiza que de la de esa tribu⁶.

6. El ejemplo es de Kelsen que llega, no obstante, a la conclusión contraria: son *tan* derecho los mandatos del déspota como la constitución suiza. Según Finnis, ello obedece a la prescindencia de la herramienta de la analogía. Cfr. NL, p. 5 y su cita de KELSEN, *General Theory of Law and State*, Cambridge, Mass., 1945; New York, 1961, p. 19. Carlos Nino se vale de un ejemplo parecido pero sí aplica, de una manera semejante a Finnis, la técnica de la analogía: “En términos muy generales, todo el mundo estaría de acuerdo en que ‘constitucionalismo’ significa algo así como ‘gobierno limitado’. Sin embargo, ‘constitucionalismo’ puede tener una amplia gama de significados que varían en su densidad o robustez conceptual: ...” (aquí enumera el autor ocho concepciones de constitucionalismo, desde la que considera menos robusta a la que considera más robusta, de acuerdo con su punto de vista). Y prosigue Nino: “Al examinar la presencia o ausencia de las diferentes características del constitucionalismo, es posible comparar y contrastar diversas concepciones de este último y sus dinámicas. Incluso el menos robusto de los sentidos que pueda dársele a ‘constitucionalismo’ es de interés teórico, además de contar con un importante valor práctico ... La noción de constitucionalismo que se encuentra en el otro extremo del continuo de robustez es, por supuesto, de la mayor relevancia teórica y práctica. El sentido más robusto de constitucionalismo reclama no sólo la existencia de normas que organizan el poder y permanecen inalterables frente a los procesos legislativos, sino que también, y fundamentalmente, requiere de estructuras específicas de procedimiento y contenido de las leyes que regulan la vida pública (*The Constitution of Deliberative Democracy*, Yale University Press, New Haven, 1996, p. 16-19).

La diferenciación entre caso central y casos periféricos tiene, como ya anticipamos, raíces aristotélicas en la herramienta de la analogía, con la distinción entre analogado principal o primario y analogados secundarios. En palabras de Santo Tomás, el primero significa la realidad en cuestión *simpliciter*, sin atenuantes, absolutamente considerada. Los segundos, en cambio, la significan *secundum quid*⁷, en cierta medida, en relación con algún aspecto, relativamente, con matices: dicen algo –no todo– de la realidad significada *simpliciter* por el analogado principal. En virtud de la dependencia señalada⁸, la comprensión de estas situaciones se ve iluminada por su estudio como casos desviados del caso central al que dicen referencia. No debe caerse, por tanto, en la tentación, en la que según algunos positivistas habría incurrido el ius-naturalismo, de relegar cuestiones como la atinente al derecho injusto, a otras ciencias aduciendo sin más que *lex iniusta non est lex*⁹: debe procederse “sin ignorar ni expulsar a otra disciplina los

7. *Simpliciter: vere; proprie; secundum quid: secundum aliquem modum: secundum similitudinem: cum aliqua adiectione*. Cfr. NL, p. 366 y su cita de la *Política*, de Aristóteles, y del *Comentario* de Santo Tomás a esa obra.

8. Para graficar esta dependencia, Finnis usa una metáfora tomada de la naturaleza viva: los casos licuados son parásitos del caso central. Cf. NL, p. 14.

El fundamento último de los supuestos más intensos y relevantes de analogía es la participación de los analogados secundarios en el ser del analogado principal. Cfr. SANGUINETTI, Juan José, *Lógica*, Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), Pamplona, 1994, pp. 67 ss.

9. Así, Hart sostiene que:

“Parece claro que nada se gana en el estudio teórico o científico del derecho como fenómeno social adoptando el concepto más restringido: ello nos llevaría a excluir ciertas reglas aun cuando exhiban todas las otras complejas características del derecho. Nada, por cierto, sino confusión resultaría de la propuesta de dejar a otra disciplina el estudio de tales reglas, y ciertamente ni la historia ni otros estudios jurídicos han considerado provechoso hacerlo. Si adoptamos el concepto de derecho más amplio podemos ubicar dentro de él el estudio de cualquier característica especial que tengan las reglas moralmente inicuas, y de la reacción de la sociedad frente a ellas. Por ello es que el uso del concepto más restringido tiene que dividir aquí –de una manera confusa–

casos de la materia en estudio que sean inmaduros, primitivos, corrompidos, desviados o que de cualquier otra forma sean ejemplos sólo 'en un sentido restringido' o bien 'en un sentido amplio'"¹⁰. Esta aceptación de que el derecho injusto *es* derecho (*secundum quid*) no resulta ajena, por cierto, al pensamiento de Tomás de Aquino, como lo demuestra Finnis¹¹. Por ese motivo,

nuestro esfuerzo por comprender el desarrollo y las potencialidades del método específico de control social consistente en un sistema de reglas primarias y secundarias. El estudio de su uso implica el estudio de su abuso". Cf. *The Concept of Law*, cit., p. 205. La traducción transcripta está tomada de CARRIÓ: *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, reimpresión, 1992, pp. 258-259.

10. NL, p. 11. Comp. la coincidencia de la directiva de Finnis indicada en el texto, con la amonestación de Hart transcripta en la nota anterior.

11. NL, p. 363-368. Cfr., también, Cristóbal ORREGO SÁNCHEZ, *H.L.A. Hart. Abogado del positivismo jurídico*, Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), Pamplona, 1997, p. 182. En el mismo sentido, sostiene Martínez Doral:

"Esta dimensión autónoma de lo jurídico se muestra con una especial intensidad en el caso del 'derecho injusto'.

"Para la doctrina tradicional, el derecho ha sido siempre *Richtiges Recht* -'inquantum (lex) habet de justitia, intantum habet de virtute legis' (I-II, 95, 2). Cfr. I-II, 90, 1, ad 3 'alioquin, voluntas principis, magis esset iniquitas quam lex'- y sin embargo, todo ello no supone que la norma injusta deje sin más, de ser derecho: 'Ulterius dicitur etiam quod ius redditur ab eo ad cuius officium pertinet iustitiam facere, licet etiam id quod decernit, sit iniquum' (II-II, 57, 1 ad 1)" (José María MARTÍNEZ DORAL, *La Estructura del Conocimiento Jurídico*, Universidad de Navarra, Pamplona, 1963, p. 68, nota 86).

Muy iluminadoras son también, a este respecto, las siguientes palabras de Casaubón, que también coinciden sustancialmente con las apreciaciones de Finnis:

"(Tales) normas positivas (las injustas) seguirían siendo *normas y positivas*, pero carecerían de la *cualidad valórico-jurídica*, que es precisamente *lo justo*; por ello, en rigor de términos serían normas sociales, pero no jurídicas, o, si se quiere, jurídicas '*secundum quid, imperfecte*': serían lo debido, lo necesario, para alcanzar tal o cual fin puesto como válido, necesario o conveniente, y que no tendría en verdad tales cualidades; guardarían una *analogía de proporcionalidad* respecto de las normas plenamente jurídicas, esto es, aquéllas que expresan *lo debido en función del auténtico bien y fin del hombre en cuanto tal*, en absoluto o en tal o cual circunstancia" (Juan Alfredo CASAUBÓN,

para Finnis, aquél integra el objeto de la ciencia jurídica; afirmación ésta que supone un deliberado intento de acercamiento de esta teoría del derecho natural al positivismo jurídico. El problema es que el ius-positivismo, en su aceptación de un concepto amplio de derecho, que incluya al derecho injusto, no señaló con claridad que este último es un caso licuado del caso más importante que es el derecho justo. La inequívoca participación de la moral en el concepto clásico de ley¹², asentada en la referencia al bien común y a la justicia¹³, permite resaltar la ubicación que a los casos periféricos, como el derecho injusto, les debe corresponder en la teoría jurídica. Es de lamentar que positivistas como Hart no lleguen a igual conclusión estando en condiciones de hacerlo, como queda demostrado por el hecho de que aplican con acierto la herramienta de la analogía cuando analizan otras realidades; por ejemplo, el derecho internacional, al que caracterizan como un caso *imperfecto* de derecho –derecho al fin¹⁴.

Ahora bien, ¿de acuerdo con qué criterio o punto de vista práctico seleccionamos el caso central y lo distinguimos de casos limítrofes? ¿Por qué, según la tradición clásica, el caso central de ley es la ley justa, y no, al revés, la ley injusta? ¿Por qué, de

“Hans Kelsen y la Teoría Pura del Derecho”, *Revista de Estudios Teológicos y Filosóficos*, Buenos Aires, 1961, t. III, nn. 2 y 3, pp. 219-220).

No obstante, véase Soaje Ramos, quien afirma que: “Parece por lo menos ambiguo si no falso, que la tradición ius-naturalista central 'acuerda explícitamente a las reglas inicuas (iniquitous rules) validez legal' (Guido SOAJE RAMOS, “Reseña de Finnis, John: *Natural Law and Natural Rights*”, *Ethos*, 10-11, Instituto de Filosofía Práctica, Buenos Aires, 1984, p. 370).

12. Finnis sugiere que esta participación es consecuencia de la adopción del punto de vista moral o punto de vista de la razonabilidad práctica –caso central del punto de vista interno–, esencial para la formación de conceptos en las ciencias sociales. Véase, *infra*, acápite V.

13. *Summa Theologiae*, I-II, 90, a 3.

14. Sobre este error de Hart, compartido por Raz, véase el acápite V de este trabajo en el cual desarrollamos la crítica de Finnis que señala la incoherencia de aquéllos por no usar siempre la técnica de la analogía. Cfr., también, ORREGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 327 ss.

acuerdo con Hart y su versión refinada del positivismo, el derecho internacional es un caso licuado o periférico, y no, en cambio, el caso central del derecho? ¿Por qué, finalmente, algunos ius-naturalistas contemporáneos insisten en que el analogado principal del derecho es la cosa o la conducta justa y no la ley, que según ellos es un analogado secundario¹⁵?

III. EL PUNTO DE VISTA INTERNO

Si quiero describir adecuadamente en el ámbito de lo práctico no puedo limitarme a adoptar un punto de vista externo, neutral, no valorativo. Una descripción que se limita a relatar una suce-

15. Pienso, entre muchos exponentes del “realismo ius-naturalista”, en Javier HERVADA. Cfr. su *Introducción Crítica al Derecho Natural*, Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), Pamplona, 1981 y *Lecciones Propedéuticas de Filosofía del Derecho*, Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), Pamplona, 1992. Abordamos sumariamente la teoría jurídica de Hervada en la sección VII de este trabajo. En la Argentina, un representante de esta corriente es Carlos I. MASSINI CORREAS. Cfr. su *Sobre el Realismo Jurídico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978 y *Filosofía del Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.

No obstante, resulta interesante comparar la opinión de estos autores con la de otro realista clásico, Georges Kalinowsky. Este sostiene:

“Santo Tomás tenía razón cuando escribía que es usual dar a las palabras nuevos significados en lugar de los antiguos. El término 'derecho' ha sido alejado de su significado primitivo. En el siglo XIII y aún más tarde, 'derecho' significaba 'obra justa', 'cosa justa', 'acto justo'. En nuestros días significa principalmente 'ley'. Ahora bien, por otra parte, dado que la ley es una de las causas del derecho y determina lo justo, es tan importante cultivar la filosofía y las ciencias de la ley como la filosofía y las ciencias de lo justo. Y porque el mismo término 'derecho' designa hoy a la ley y a lo justo, estamos autorizados a dar el nombre de filosofía del derecho a la filosofía de la una y del otro. Pero en razón del vínculo existente entre lo justo y la ley, incumbe a la filosofía del derecho tratar, en primer lugar, a la ley y solamente en un segundo término al derecho, entre los efectos de la ley” (cf. su ensayo “Ley y Derecho”, en *Concepto, fundamento y concreción del derecho*, Trad. de Carlos I. Massini Correas, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, pp. 25-26).

sión de hechos sociales apenas puede aspirar a ser un saber predictivo: dado que suele ocurrir que los coches frenan en los semáforos es previsible que lo seguirán haciendo en el futuro. Esta crónica pondrá en un pie de igualdad el caso de un semáforo roto, frente al cual los conductores que se acercan por ambos accesos a una intersección de calles tienen reacciones dispares. Una ciencia “pura”, así concebida, se limitará a afirmar que en algunas situaciones de excepción (semáforo roto), es previsible que los conductores hagan tal o cual cosa. Pero nada nos dice de lo más importante: ¿por qué frena la gente en los semáforos? ¿qué sentido tienen las reglas de tránsito? ¿qué significado tiene la rotura de un semáforo? ¿qué es un semáforo?... Esta descripción más interesante de la realidad requiere la adopción de lo que se ha llamado “el punto de vista interno”: el punto de vista de quien usa las reglas como *standards* para medir su propia conducta y la ajena¹⁶. Este es el punto de vista o criterio que debe tenerse en cuenta para elegir qué es lo importante y significativo, merecedor de un lugar central en la descripción científica. En otras palabras, el punto de vista interno permite definir cuál sea el caso central de la realidad descripta.

En parte, Finnis se suma a la conclusión de Hart y Raz de que la realidad central *sub examine* está constituida por reglas y por instituciones encaminadas a brindar vigencia y eficacia a esas reglas. Jueces y abogados, los principales protagonistas de esa práctica social convencionalmente denominada “derecho”, usan este término para referirse a dichas reglas e instituciones, que tienen una realidad significativamente distinta de otras prácticas como la moral, para la que reservan —no casualmente— una denominación diversa. Es por ello que puede calificarse a la teoría de Finnis de “positivista”¹⁷. Es una teoría cuyo contenido no con-

16. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 96.

17. Hart mismo reconoce que: “La flexible interpretación de Finnis sobre el derecho natural es en muchos aspectos complementaria de la teoría jurídica

siste en una virtud —la justicia, y su objeto, el derecho¹⁸—, sino principalmente la práctica social de la coordinación autoritativa de conductas mediante reglas. El caso central del objeto de la ciencia jurídica lo constituyen, entonces, las normas (y las instituciones que permiten su implementación y aplicación). Es, la de Finnis, una teoría normativista o legalista. Y dado que es común identificar al positivismo con este rasgo que acabamos de señalar, de centrar el análisis jurídico en las normas, parece apropiado el mote de “positivista” para esta teoría¹⁹.

Coherentemente Finnis considera que el derecho natural no es derecho en sentido fuerte, *simpliciter*; es derecho tan sólo en un

positivista, más que un rival suyo”. Cfr. HART, *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, Oxford, Clarendon Press, 1987, pp. 10-11.

18. Derecho, entendido en moral como el objeto de la virtud de la justicia: la cosa o conducta debida a otro en una relación de igualdad. Así como todo acto humano se compone de objeto, fin y circunstancia, también el acto justo, que tiene siempre algún fin y se da en ciertas circunstancias, tiene un objeto, al cual se llama derecho.

19. Por supuesto que la calificación de positivista no sería adecuada para la teoría jurídica de Finnis, si se tomara el término “positivismo” en otros sentidos corrientes de la palabra, que son antitéticos con el ius-naturalismo. De todas maneras, y aunque *de nominibus non est disputandum*, la teoría finnisiana es positivista en un sentido relevante. Cfr. HART, *The Concept of Law*, cit., p. 253. No es casual que en sus respectivas clases en Oxford sobre la teoría iuspositivista, los profesores J. W. Harris y T. Endicott incluyan a Finnis dentro de la corriente positivista junto con Kelsen, Hart y Raz. La posible utilidad de designar a la teoría de Finnis con el adjetivo “positivista” viene dada por la razón de ser misma de los términos en general: sirven para expresar semejanzas y diferencias entre realidades diversas. Y lo cierto es que tanto el iusnaturalismo de Finnis como el positivismo de Hart y Raz, entre otros, coinciden en centrar el análisis jurídico en las normas. Evidentemente, las diferencias son también —¿más?— relevantes, lo cual puede generar ambigüedades. Más allá de esta consideración, la disputa terminológica es anecdótica: el profesor V. Gardner, de University College, Londres, sugirió que el concepto de Derecho, de Hart, es la obra más importante de la corriente ius-naturalista de los últimos 40 años (!).

sentido analógico²⁰. A pesar de que su nombre podría inducir a confusión (“derecho” natural)²¹, su ser es esencialmente distinto al del derecho (positivo). *El derecho natural es la moral*²². Su normatividad es, en parte, diferente de la jurídica. Las normas del derecho natural no son artefactos humanos; su fuerza obligatoria es independiente de su positivación por parte del hombre. Es éste otro importante rasgo que distingue a la teoría finnisiana de otras versiones más difundidas del ius-naturalismo²³. Por un lado, estas últimas sostienen que el derecho natural es derecho, propiamente hablando. El orden jurídico se compone de normas de derecho natural y de derecho positivo. Señalan como un error —característico del positivismo legalista— el reducir el derecho al derecho positivo y negar juridicidad al derecho natural. Por otro, afirman que no existe una total identificación entre moral y derecho natural. Este, en todo caso, es tan sólo una parte de aquélla: la que se refiere a las relaciones de alteridad. Piensan que esta equivocación deriva de identificar ley natural y derecho natural, conceptos que en realidad se relacionan como el todo y la parte.

20. En relación con el uso focal que, dados sus propósitos, hace Finnis del término derecho, el derecho natural es derecho sólo en un sentido analógico. Cf. NL, p. 280 y la cita de Mortimer J. Adler en p. 294.

21. Ésta es una de las razones por las que Finnis no suele emplear la denominación “derecho natural” cuando tiene que referirse a él en el contexto de las prácticas e instituciones del derecho (positivo). Más bien opta por la de “razonabilidad práctica”. Cfr. NL, p. 280/281. Otro motivo para dicha renuencia viene sin duda dado por los errores de comprensión a que da lugar la expresión derecho natural en el mundo moderno, muchas veces entendida en un sentido racionalista y blanco de críticas que, respecto del ius-naturalismo clásico, son gratuitas e infundadas. Cfr., por ejemplo, HERVADA, *Historia de la Ciencia del Derecho Natural*, Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), 1987.

22. Evidentemente, no cualquier moral. El concepto de moral es usado también para referirse a cosas que pueden diferir de la ley natural. Así, se habla de moral positiva, moral ideal, moral individual, moral social, etc.

23. Cfr., por ejemplo, las presentaciones de Hervada y Massini Correas en sus obras ya citadas.

Aceptan, en general, que a la ley natural puede denominársela también con corrección, moral o ley moral.

¿Qué dice Finnis a todo esto? En buena medida ignora este tipo de planteos. Aunque quizás tal afirmación no sea enteramente justa. Finnis tuvo un intercambio de ideas con Michel Villey sobre estos temas y lo más exacto sería decir que el profesor de Oxford salió sorprendido de lo que entendía que era una exageración injustificada de la distinción clásica entre *ius* y *lex*:

Ahora bien, los anglosajones tienden a creer que la palabra *law* está ligada a la palabra *lex*. Y el anglosajón que lee a Santo Tomás tendrá la impresión (aún después de haber tomado conocimiento de los valiosos trabajos de Villey) que Santo Tomás define la *lex* por referencia no al *ius* ni al *id quod iustum est* sino *ad bonum commune*; que en Santo Tomás no hay 'oposición capital ... entre *derecho* y *ley*' (como lo sostiene Villey en A.P.D., 1961, p. 25) ... y que si el papel del jurista es estudiado en algún sitio, ése es el tratado *de lege* (cfr. I-II, q.95, art. 2 ad 4) y no en el *de iure et iustitia*²⁴.

Villey, por su parte, responde que:

Una vez más he de denunciar lo que creo es una *confusión* entre la *ley* –regla de conducta– y el *derecho* como arte del justo reparto... Esta vez la negativa de pensar el derecho independientemente de la ley nos viene de la pluma del profesor Finnis, aureolado del prestigio del pensamiento inglés. Los ingleses, en efecto, no podrían conocer sin una *philosophy of law* y al encontrarse la *law* –al menos después de Hobbes– unida a la noción antigua de *lex* (lo que, a pesar de todo, no impone la etimología), ellos no consentirían en ocuparse sino de *legal systems* y el derecho (*ius*) habría desaparecido por decisión de la autoridad universitaria británica... La tesis de Finnis en el sentido de que Santo Tomás confundiría el *ius* y la *lex* tiene, dentro del ámbito neo-tomista, numerosos representantes en el continente. Esta tesis se

24. La cita está tomada de un debate entre Villey, Finnis, y El Shakankiri (un discípulo de Villey), que tuvo lugar en 1972 en los *Archives de Philosophie du Droit*. Fue traducido al español por Renato Rabbi-Baldi Cabanillas y publicado bajo el título "Bentham y el Derecho Natural Clásico", en *Revista de Derecho Público*, N° 43-44, Enero-Diciembre 1988, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 15 ss. Esta cita corresponde a las pp. 17-18.

encuentra en todas partes. Ella es, con diferencia, la más conocida. Yo no la estimo menos insostenible.

Santo Tomás ha tratado de la *lex* en un lugar de la Suma distinto y bajo una perspectiva muy diferente a cómo se ocupa del *ius*²⁵.

Con relación a este tema, es interesante y habla por sí sola, la siguiente observación de Georges Kalinowski a Villey:

No hay, por tanto, ninguna necesidad de apartar la ley para hacerle lugar al derecho. Se aleja del pensamiento auténtico de Santo Tomás el que así lo haga. Ahora bien, Michel Villey, deseoso de afirmar la realidad del derecho natural y de poner en evidencia su verdadera naturaleza, deformada por la concepción 'derecho natural-código universal e inmutable', parece minimizar la importancia de la ley natural... La importancia de la ley, de toda ley, sea positiva humana o divina natural, de la verdadera ley, bien entendida, la que lo es en esencia y no la ley 'corrupta', según la expresión de Santo Tomás, es primordial: la ley determina lo justo. Villey tiene razón: el arte jurídico consiste en decir lo justo. Más aún, no solamente el legislador, el juez, el procurador, el abogado, el notario, el funcionario, en suma, todo jurista debe buscar y decir el derecho porque es su tarea, sino que todo hombre debe ser justo, todo hombre debe practicar la justicia y realizar el derecho. A ese efecto debe, él también, buscar y decir lo justo para sí y para los otros. *Pero nadie puede pronunciarse sobre lo justo o lo injusto sin referirse a la ley*, a la regla divina o humana, natural o positiva, escrita o consuetudinaria, la cual establece el derecho (énfasis agregado)... Es por ello que cuando se hace necesario recordar a los juristas y a los no juristas la verdadera noción de derecho, se está realmente obligado a hablarles tanto de la ley como del derecho. Y no porque el antiguo término de ley haya sido reemplazado, después de mucho tiempo (sin desaparecer completamente en su vieja acepción), por el nombre metonímico de derecho (dejamos abierta la cuestión, sin pronunciarnos, sobre la hipótesis explicativa de M. Villey), se puede reprochar a nadie el definir al derecho como una regla. Es así como entendemos hoy ese término, y bajo riesgo de ser malentendidos, debemos respetar su acepción actual, devuelto su antiguo significado, de nuestros días como del pasado, por medio de la expresión 'lo justo'.

Es por ello que cuando Villey escribe '... y hoy la primer tarea de la filosofía del derecho nos parece ser el combatir la reducción positivista

25. "Bentham", cit., p. 21. Poco después Villey acusa a Finnis de adoptar un "punto de partida legalista" (p. 23).

del derecho a las fórmulas fijas, la peligrosa asimilación del derecho a las *reglas*, la falsa concepción kelseniana que el derecho existe...', pese a compartir en gran medida su teoría del derecho, la que expone y defiende con una claridad y pertinencia destacables, nos vemos movidos a protestar contra un cierto relegamiento a segundo plano de la ley y contra una sensible modificación, a nuestro parecer injustificada, de la tarea de la filosofía del derecho²⁶.

Finnis, en tanto, piensa que si bien derecho y ley no son lo mismo en la terminología tomista, sí son conceptos íntimamente relacionados cuya diferenciación no autoriza a sacar conclusiones mayormente relevantes y, menos aún, como lo pretende Villey, a trazar una valla entre derecho y ley, y entre derecho natural y ley natural ("*justice and the principles of practical reasonableness*"), que en la realidad no existe²⁷. No se pregunta si la *ipsa res iusta* debería ser el caso central del concepto de derecho. Probablemente ni se le ocurre que eso pudiera ser así, ya que le parece

26. "Ley y Derecho", cit., pp. 22-24.

27. Cfr. NL, p. 228. En su nuevo libro Finnis insiste:

"En efecto, la mayor complicación en la semántica de *ius* es que también tiene un significado distinto: ley (y, por tanto, leyes – *iura*). Aquino usa *ius* frecuentemente con este último significado. Por supuesto, también tiene otra palabra para designar la ley: *lex*. Algunos comentaristas del siglo veinte pensaron que Aquino sostenía una distinción de significado entre *ius*, usado en este sentido, y *lex*. Pero aquél no tenía ningún interés en hacer semejante distinción y no hay una enseñanza oculta que pueda encontrarse debajo de la superficie de sus discusiones acerca de *ius* y *lex* (o en alguna otra parte de su obra). Los muchos pasajes en los que usa *ius* y *lex* intercambiabilmente prueban esto con claridad, así como también el desarrollo de sus argumentos en muchos otros pasajes en que uno u otro término es usado" (Aquinas, cit., pp. 111-112).

Según creo, la alusión a "algunos comentaristas del siglo veinte" se refiere justamente a Villey; y probablemente también a Leo Strauss (Cfr. su *Natural Right and History*, University of Chicago Press, Chicago, 1953).

El mismo Hervada reconoce que: "La distinción entre *ius* y *lex* y, por tanto, entre *ius naturale* y *lex naturale* aparece claramente en Tomás de Aquino, aunque no faltan ocasiones en que el ilustre teólogo utiliza la palabra *ius* (derecho) para designar la norma o el ordenamiento jurídico, según un uso que llega hasta hoy" (*Lecciones*, cit., p. 500).

obvio que desde el punto de vista que ha escogido –el de jueces y abogados–, derecho son principalmente *las leyes*. Desde ese punto de vista, la virtud de la justicia, incluido su objeto (el *ius*), si bien, como veremos, tiene una relevancia significativa, la tiene en relación con el sistema normativo y con la adjudicación que se hace de conformidad con él. Otro tanto cabe decir del tema del derecho natural (la moral, según su visión). ¿Qué duda cabe de que la moral es importante para un hombre de leyes? Pero tampoco cabe duda de que el abogado no es un moralista. Los problemas morales con los que ha de lidiar son, fundamentalmente, problemas legales. Sus consejos son tales o cuales, a la luz de la ley positiva. No son respuestas a la pregunta más amplia sobre si tal cosa está bien o mal, sino si se ajusta o no a derecho. De lo contrario, su actividad encuadraría en otro rubro profesional.

Es necesario aclarar que Finnis no niega la integración del derecho natural al ordenamiento jurídico. Al contrario, desarrolla con amplitud y gran riqueza, apoyado en Tomás de Aquino, los dos modos principales mediante los que la ley positiva se deriva de la ley natural²⁸. Pero el “derecho” natural sólo se convierte en *derecho* en la medida en que una fuente social lo incorpora y constituye en regla autoritativa de relaciones sociales²⁹. Con otras palabras, desde que un acto de autoridad lo *pone* como fuente del derecho vigente³⁰. En este sentido, es interesante la lectura que

28. Los dos modos son por conclusión y por determinación (*conclusiones et determinationes*). Cfr. NL, cap. X.7.

29. La expresión “fuente social” es netamente positivista, a tal punto que Hart considera que la tesis de las fuentes sociales es uno de los pilares de su teoría. Cfr. *The Concept of Law*, cit. La tesis consiste en que el derecho puede identificarse por referencia a fuentes sociales, sin necesidad de juicios morales. Finnis acepta tanto la expresión como la tesis positivista, aunque con un interesante matiz. Cfr. su artículo “The Truth in Legal Positivism” en *The Autonomy of Law*, Robert P. George, ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 204.

30. Vale la pena recordar que la expresión “positivo” –como en “derecho positivo”– proviene del participio del verbo latino poner: puesto. Derecho positivo, entonces, es el derecho puesto (por el hombre).

hace Finnis en un artículo reciente, del tratamiento de este tema en la *Suma Teológica*³¹. Según Finnis, la gran contribución de esta obra a la autonomía del derecho positivo y de su estudio es que aquí, a diferencia de lo que había hecho en obras anteriores, Santo Tomás toma como materia prima para la división del derecho (en natural y civil) al propio derecho positivo: el natural —también llamado derecho de gentes en estos pasajes— se corresponde con las *conclusiones* y el civil con las *determinationes*³²; ambos modos de derivación del derecho natural integran el derecho positivo, de tal manera que podría hablarse de un “derecho positivo natural” —que Tomás llama también derecho de gentes— y de un “derecho positivo positivo”.

IV. EL CASO CENTRAL DEL PUNTO DE VISTA INTERNO

Hemos resaltado una cierta semejanza entre la teoría jurídica positivista, tal como la encarna Hart, por ejemplo, y la teoría del derecho de Finnis. Ambas centran su análisis en ciertas reglas sociales que tienen caracteres que las diferencian de otras prácticas existentes. Hasta allí conduce juntos a Hart y a Finnis la adopción del punto de vista interno. Pero, ¿no hay diferencias entre el ius-positivismo del primero y el ius-naturalismo del segundo?

Según Hart y Raz el punto de vista interno —el de aquéllos que usan las reglas como *standards* para medir la conducta propia y la ajena— es igualmente compatible con actitudes de lo más diversas: un ciudadano puede obedecer en virtud de un cálculo egoísta, o de un desinteresado interés en servir a los demás, por inercia, por imitación de lo que hacen los otros, por temor a las sanciones, etc³³. “Mas todo esto es precario e insatisfactorio porque implica

31. Cfr. el artículo “The Truth in Legal Positivism”, ya citado.

32. Cf. los dos modos de derivación mencionados anteriormente.

33. Cf. *The Concept*, p.198; también, pp. 111 y 226.

una negativa a atribuir significación a diferencias que consideraría prácticamente significativas cualquier actor en el campo (sea el anarquista subversivo o su contrario, el 'ciudadano ideal observante de la ley'). Y, dada la técnica de análisis mediante caso central y significado principal, que Hart y Raz usan en otras ocasiones con tan provechoso resultado, parece que no hay motivo para esta negativa a distinguir entre el caso central y los casos periféricos *del propio punto de vista interno o legal*³⁴. No es científicamente correcto poner en un pie de igualdad a todos los tipos posibles de obligación legal. Tampoco sería razonable asignar prioridad al punto de vista estadísticamente prevaleciente³⁵. De lo contrario la ciencia social se convertiría en un recuento de las preferencias de la gente, cualesquiera fueran éstas³⁶. Igualmente irrazonable sería otorgar importancia pareja a todas las leyes que integran el objeto material de la ciencia jurídica. No es igualmente importante, relevante, significativo, el caso de la ley justa que el de la ley injusta. Aquél tiene mucho más que aportar a mi conocimiento de la realidad social; a la vez que ilumina los supuestos de leyes injustas y permite su mejor comprensión –lo cual no ocurre a la inversa.

¿Cuál debe ser, luego, el caso central del punto de vista práctico, que debería adoptar el jurista para elegir cuál sea a su vez el caso central del derecho y cuáles las demás instancias –licuadas– de esta institución social? Entre todas las actitudes posibles, debe elegir aquélla que trata al derecho como una institución merecedora de respeto y obediencia, como una exigencia razonable de la felicidad y la paz sociales. Es el punto de vista moral o, como prefiere llamarlo Finnis para evitar equívocos, el punto de vista de la razonabilidad práctica. Es decir, el de quien –ciudadano o juez– ve en las leyes requerimientos de la razón práctica misma;

34. NL, p. 13. Cfr. ORREGO SÁNCHEZ, *op. cit.*, pp. 327-343.

35. Por ello, para evitar confusiones, Finnis prefiere la expresión “caso central” a la de “caso típico”, usada por Raz. Cfr. NL, 10.

36. *Aquinas*, cit., pp. 46 y 47.

el de quien asigna a la obligación legal un rango moral, –al menos presuntivamente– pues la afirmación de que una ley en particular obliga moralmente admite prueba en contrario. Esa persona, que constituye el *standard* adecuado para el científico, se identifica con el hombre virtuoso al que Aristóteles denomina *spoudaios*. Él está en condiciones de saber cuándo una regla merece crédito moral como un medio para favorecer la consecución del bien de la sociedad y cuándo, en cambio, la presunción de obligatoriedad moral debe ceder, pues nos encontramos frente a una ley injusta. Quien mejor advierte la injusticia, en sus diversas manifestaciones, es el amante y conocedor de la justicia.

Este extenso giro nos trae de vuelta a la idea de justicia. Porque, para el *spoudaios* el caso central del derecho es la ley que *realmente* promueve el bien común, es decir, la ley justa; no cualquier ley. Quizás no esté de más aclarar que la aceptación de la figura aristotélica del hombre virtuoso se apoya en la existencia objetiva de bienes morales y en la capacidad inherente al hombre de conocerlos. La referencia al *spoudaios* es un atajo didáctico que no nos libera del ejercicio de la razón práctica consistente en discernir las exigencias concretas del punto de vista moral en cada caso. Por ello, la teoría de Finnis, como todo ius-naturalismo, es incompatible tanto con el relativismo moral como con el escepticismo gnoseológico.

V. UN IUS-NATURALISMO DISTINTO

Ya hemos visto cómo Finnis coincide con los positivistas en que lo más relevante en el ámbito jurídico son las normas. Pero señalamos también que nuestro autor escoge un punto de vista según el cual aquéllas deben pasar por un tamiz de razonabilidad para justificar su carácter central como objeto de estudio de la ciencia del derecho. Si bien su teoría jurídica no excluye el tratamiento del derecho injusto, éste es visto como una versión li-

cuada y defectuosa del caso sano y mayormente digno de análisis que es el derecho justo. No los pone en pie de igualdad. La justicia no es indiferente para esta teoría del derecho; no queda relegada por completo a la política o a la filosofía: no es, en este sentido, una *teoría pura del derecho*.

He aquí, pues, una primera diferencia entre el positivismo legal y el ius-naturalismo de Finnis. Ahora bien, esto es lo que podríamos llamar la *teoría jurídica ius-naturalista*³⁷. Pero no olvidemos que Finnis no asigna mayor relevancia a la distinción entre *ius naturalis* y *lex naturalis*. Por ello, su ius-naturalismo implica un determinado punto de vista respecto de todos los temas de la moral —que son los temas de la ley natural. En este entendimiento, la teoría del derecho fundada en el derecho natural es tan sólo un aspecto de la teoría social ius-naturalista o ética social. La ley natural tiene algo que decir sobre los demás temas sociales capitales: sociedad, justicia, derechos, autoridad, obligación. Y, desde una perspectiva lógicamente anterior, el ius-naturalismo también supone una postura sobre la moral personal: el bien y su conocimiento, la felicidad, los valores básicos, etc.

Prueba de lo dicho es el hecho de que en su libro *Natural Law and Natural Rights*, un verdadero tratado de la ley natural —como vimos, Finnis no tendría reparo en decir “tratado del derecho natural”—, el tema del derecho —nuevamente, Finnis no se opondría a decir “el tema de la ley”— ocupa tan solamente un par de capítulos sobre el final. En las más de 250 páginas anteriores, se ocupa de los tópicos de la moral, tanto individual como social. Todo junto es su ius-naturalismo, su filosofía práctica. Por ello, ser ius-naturalista en ese contexto, significa más —mucho más— que rechazar formas extremas de positivismo legal, abrazar las conclusiones de la razón natural sobre temas como la inmoralidad de la mentira o la obligación de amar al prójimo.

37. *Natural law jurisprudence*.

En suma, he intentado hacer una presentación sintética de la teoría del derecho de John Finnis. Uno de los rasgos que la distinguen es, desde mi punto de vista, el hecho de que pone en el centro del análisis jurídico a las normas, tal como lo hacen las distintas versiones de positivismo que conocemos³⁸. Lo dicho hasta aquí nos permite subrayar una importante idea que bien merece ser destacada. La ley natural (o, si se prefiere, el derecho natural) no es una teoría del derecho más, que existe a la par de otras (positivismo, utilitarismo, sociologismo, realismo escandinavo, etc). Así se la presenta erróneamente en muchos planes de estudio, especialmente norteamericanos, que ofrecen al estudiante una gama de alternativas teóricas, entre las que *natural law* es una entre muchas variantes más o menos acertadas que pueden escogerse. La ley natural no es siquiera una teoría; es una *realidad* –de igual manera que son reales, en otro orden de cosas, las leyes físicas. Cualquier teoría jurídica con pretensiones de acierto debe basarse en la ley natural, que es una especie de denominador común mínimo e indispensable³⁹. Si no se propone describir los contenidos y exigencias de la razonabilidad práctica, la teoría debe al menos asumirlos como premisas de un discurso científico menos ambicioso. Por ello es menester distinguir, también, entre la ley natural y las distintas teorías ius-naturalistas. El habernos referido a una de ellas –la de John Finnis– quizás permitirá acentuar esta importante diferencia.

38. Por supuesto que el poner en el centro del análisis jurídico al sistema legal no implica un desmedro de los casos jurisprudenciales, pues estos constituyen el punto culminante, la aplicación de aquél sistema, sin los cuales carecería de sentido. Agradezco un comentario de Alfonso Santiago (h.) que me inspiró esta idea.

39. Cfr. HERVADA, *Lecciones*, cit., p. 416: "... ya hemos dicho que, por ejemplo, los principios y reglas comunes de los actos humanos corresponden a la moral, de la que los toma la ciencia jurídica".

VI. FINNIS Y HERVADA: UN ANÁLISIS COMPARATIVO

“El problema central de una teoría jurídica, tanto a nivel filosófico como científico, consiste en determinar qué es el derecho”⁴⁰. Para el profesor Hervada el derecho es lo justo⁴¹. Pero al igual que Finnis, sostiene que se trata de un concepto análogo; y, por analogía, las normas también reciben el nombre de derecho⁴². Hervada reconoce que “el estudio del derecho es, en gran parte, el estudio de las leyes y el jurista recibe con frecuencia el apelativo de ‘hombre de leyes’”⁴³. Sin embargo se resiste a considerar que las normas sean la realidad jurídica principal⁴⁴. Piensa que las normas son primariamente asuntos políticos, no jurídicos, e interesan al derecho sólo en la medida en que interesan al jurista; es decir, en tanto que son regla de lo justo.

Vemos como los dos profesores aceptan la analogía del concepto de derecho; pero lo hacen con fines y contenidos completamente diversos. Ya hemos dicho que en Finnis hay una identificación de derecho positivo y ley, que prácticamente ignora otros significados posibles del término *law*. Usa la analogía, en cambio, para entender y explicar el problema del derecho injusto. Respecto de éste Hervada afirma, sin matices, que: “Es obvio, por lo tanto, que la norma injusta no es derecho. Si, por analogía,

40. Carlos José ERRÁZURIZ MACKENNA, *La Teoría Pura del Derecho de Hans Kelsen*, Ediciones Universidad de Navarra (EUNSA), Pamplona, 1986, p. 520.

41. Cfr. su *Introducción*, cit.

42. *Introducción*, cit., p. 134.

43. *Introducción*, cit., p. 131.

44. “... (E)l concepto clave o central no es el de norma o ley, como ocurre si se adopta una perspectiva política (de ordenación de la sociedad). El concepto central de la ciencia jurídica y de la filosofía del derecho es la de *ius* o derecho, entendido éste desde la perspectiva de la justicia, esto es, no como poder o facultad moral —mucho menos como norma—, sino como lo suyo de cada uno, la cosa que, en una relación jurídica, debe darse a su titular. Es la lógica y correcta conceptualización desde la perspectiva propia del jurista” (*Lecciones*, cit., pp. 82-83).

llamamos derecho a la norma, podemos afirmar que el derecho injusto no es derecho... Pretender que la norma injusta es injusta pero verdadera norma (derecho injusto), constituye una *contradictio in terminis*. Sólo confundiendo la norma con su fenómeno —su apariencia— y entendiendo el ordenamiento jurídico como un sistema de imposición de una voluntad arbitraria, se puede llegar a afirmar que el derecho injusto es derecho”⁴⁵.

Por otra parte, Hervada plantea una distinción bastante tajante que en Finnis no encontramos. El maestro de Navarra afirma que no debe confundirse la perspectiva con la cual abordan a la norma jurídica la filosofía del derecho, la filosofía política y la moral. Después de transcribir la definición de ley de Santo Tomás de Aquino, afirma que: “Sin embargo, esta perspectiva es una perspectiva propia de filosofía política, esto es, de una contemplación de la convivencia humana en función de su desenvolvimiento correcto (que es lo propio de la filosofía política). Pero no es la perspectiva jurídica (si por perspectiva jurídica entendemos la del arte del derecho, o sea la de lo justo), porque lo jurídico es lo propio del *ius* o *iustum*; la norma es jurídica en función del *ius* o derecho (en sentido realista). La perspectiva jurídica no es la del orden social, sino la del reparto de las cosas”⁴⁶. En otra ocasión insiste en que: “La norma y la ley como resultado del poder legislativo, su eficacia social, su obligatoriedad, su relación con el bien común, etc., son otros tantos temas propios de la filosofía política, por más que se atribuyan con demasiada frecuencia a la filosofía jurídica... No extrañe, pues, que en las páginas que siguen falten aquellos tópicos habituales de los tratados de filosofía jurídica, que a nuestro juicio no se deben considerar

45. *Lecciones*, cit., p. 370.

46. *Introducción*, cit., p. 135. Véase también, *Lecciones*, cit., p. 73; 311; 315; 317; 319; 329; 362.

propios de la filosofía del derecho, sino de la filosofía política o de la filosofía moral”⁴⁷.

Finnis, en cambio, por más que en el prólogo de su *Natural Law and Natural Rights* reconoce que su libro incluye lo que los bibliotecarios etiquetarían como una ética, una filosofía política y una filosofía del derecho, se apresura a aclarar que: “Podemos aceptar las etiquetas por conveniencia didáctica pero no la implicación de que las disciplinas que identifican sean realmente distintas y puedan ser abordadas correctamente por separado”⁴⁸.

Otro punto que separa a nuestros autores es la juridicidad del derecho natural. Mientras que Finnis la niega, como hemos visto, Hervada en cambio afirma enfáticamente que el derecho natural es tan derecho como el positivo⁴⁹. En lo que Finnis precisamente difiere es en que el primero sea *tan* derecho como el otro: para un hombre de leyes, el derecho natural es derecho sólo por analogía⁵⁰.

Pero no todo son discrepancias entre Hervada y Finnis. Más bien diríamos que coinciden en lo sustancial: el derecho positivo es una derivación del derecho natural⁵¹; es una realidad necesaria y exigida por el propio derecho natural, que requiere concreción temporal y espacial. Y la validez moral de todo derecho positivo depende de que éste respete y se adecue a las exigencias universales y perennes que la ley natural impone. Por otra parte, según ambos autores, el fundamento último del derecho positivo se halla en Dios, a cuyo conocimiento se puede acceder por la razón⁵².

47. *Lecciones*, cit., p. 312-314. No obstante lo afirmado por Hervada, en pp. 349 ss. trata sobre “El carácter vinculante de la norma”, y en pp. 387 ss., sobre “la obligatoriedad de la ley”.

48. NL, v.

49. Ver, entre otras citas, *Lecciones*, cit., p. 476, nota 1, p. 494 y p.514.

50. Cfr., *supra*, sección IV de este trabajo.

51. Cfr. HERVADA, *Introducción*, cit., pp. 166-168 y FINNIS, NL, cap. X.7.

52. Cfr. HERVADA, *Lecciones*, cit., pp. 583 ss. y FINNIS, NL, cap. XIII.

También coinciden en la definición de ley, pues ambos adoptan la de Tomás de Aquino⁵³, bien que Finnis le hace algunos agregados relevantes, como el relativo a las sanciones que acompañan y refuerzan a la ley.

Finalmente, tanto uno como otro consideran que la ciencia del derecho difiere de la moral: el jurista no es un moralista y el razonamiento jurídico tiene un aspecto técnico ajeno al razonamiento moral, lo cual permite hablar de una cierta autonomía de la ciencia jurídica⁵⁴.

53. Cfr. HERVADA, *Introducción*, cit., p. 135 y FINNIS, NL, p. 276 y 294.

54. Cfr. HERVADA, *Lecciones*, cit., p. 416 y FINNIS, "Natural Law and Legal Reasoning", en Robert P. George, ed., *Natural Law Theory*, Clarendon Press, Oxford, pp. 134 ss.